Unterliegt die nach der Zahlungseinstellung des Ehemannes erfolgte hypothekarische Sicherstellung des eingebrachten Vermögens der Frau nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Mannes der Anfechtung auf Grund des § 30 der deutschen Konkursordnung?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Felix Loeser,
Referendar.

Breslau 1909.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Rostock.
Referent: Prof. Dr. Wachenfeld.
Prof. Dr. Bernhöft, Dekan.

Meinen Eltern.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Kapitel 1. Geschichtliche Einleitung 1

I. Die Entwicklung des § 30 K.O. 1

II. Die Entwicklung der Bestimmungen über die Sicherstellung des eingebrachten Vermögens der Frau . . . 3

Kapitel 2. Was versteht man unter „hypothekarischer Sicherstellung des eingebrachten Vermögens"? . . . 5

Kapitel 3. Ist § 30 K.O., abgesehen von dem Vorliegen der Voraussetzungen dieses Paragraphen, auf die vorliegenden Tatbestände überhaupt anwendbar? . 6

I. Wird die Anwendbarkeit des § 30 durch Aufhebung der Bestimmungen der alten K.O. über Sicherstellung des eingebrachten Vermögens ausgeschlossen? 6

II. Wird durch Art. 32 Satz 2 E.G.B.G.B. die Anwendbarkeit des § 30 K.O. ausgeschlossen? 9

Kapitel 4. Liegt der Tatbestand des § 30 K.O. vor? . . . 19

I. Bei der Sicherstellung des Herausgabeanspruchs . . . 19

a) Wenn der Anspruch auf Sicherleistung nicht begründet ist 19

b) Wenn der Anspruch auf Sicherstellung begründet ist 29

II. Bei der Sicherstellung von Ersatzforderungen. 35

III. Bei der Sicherstellung der für die Übernahme des eingebrachten Vermögens entstandenen Forderung. . . . 38

Kapitel 5. Ergebnis 39

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551526_0106

Literatur-Verzeichnis.

Cosack: Das Anfechtungsrecht der Gläubiger. 1884.

— Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. Band II. 5. Aufl. 1904.

Czyhlarz: Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. 7./8. Aufl. 1905.

— Das römische Dotalrecht. 1870.

Dernburg: Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 2. Band. 5. Aufl. 1897. III. Band. 1884.

Dernburg-Biermann: Pandekten. 2. Band. 7. Aufl. 1903.

Dernburg: Bürgerliches Recht. Band IV. 3. Aufl. 1907.

Endemann: Das deutsche Konkursverfahren. 1889.

Entwurf einer Konkursordnung nebst Motiven. 1875.

Fitting: Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren. 1904.

Frohwann: Die allgemeine Anfechtungsklage. 1886.

Fuchs: Grundbuchrecht. 1902.

Grützmann: Das Anfechtungsrecht der benachteiligten Konkursgläubiger. 1882.

Hahn-Mugdan: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. 7. Band. 1898.

Hartmann: Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens. 2. Aufl. 1881.

Hellmann: Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. 1907.

Hullmann: Konkursordnung für das Deutsche Reich. 1879.

Jäger: Kommentar zur Konkursordnung. 2. Aufl. 1904.

— Die Gläubigeranfechtung anßerhalb des Konkurses. 1905.

Kohler: Lehrbuch des Konkursrechts. 1891.

Korn: Anfechtung von Rechtshandlungen der Schuldner in und außer dem Konkurse. 2. Aufl. 1885.

v. Liszt: Lehrbuch d. deutschen Strafrechts. 16. u. 17. Aufl. 1908.

Meyer: Konkursordnung. 1899.

Menzel: Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht. 1886.

Müller-Meikel: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches. II. Band. 2. Aufl. 1904.

Niedner: Das Einführungsgesetz vom 18. August 1896. (Heymanns Kommentar 1899.)

Opet-v. Blume: Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. I. und II. Abschnitt. 1906.

Oetker: Konkursrechtliche Grundbegriffe. Band I. 1891.

Ottenheimer: Sind Erfüllungsgeschäfte anfechtbar? 1907.

Otto: Die Anfechtung von Rechtshandlungen. 1881.

Petersen-Kleinfeller: Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1900.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Band. 3. Aufl. 1905. 4. Band. 3. Aufl. 1906. 6. Band. 1. u. 2. Aufl. 1901.

Protokolle zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 4 u. 6.

Rintelen: Das Konkursrecht. 2. Aufl. 1902.

Rocholl: Das Eherecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.

Rönne: Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. 3. Band. 1888.

Sarwey-Bossert: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1901.

Schmidt, Hedemann u. Fuchs: Familienrecht. I. Abschn. 1907.

Seuffert: Deutsches Konkursprozeßrecht. 1899.

Silbermann: Die Konkurs-Pauliana. Würzburger Diss. 1902.

Staudinger: Kommentar z. Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Band. 1907. 4. Band. 1906. 6. Band. 1900.

Stenographische Berichte über d. Verhandlung. d. deutschen Reichstags. 3. Band. 2. Legislaturperiode. 4. Session. 1876.

Stiebeling: Das Recht der Anfechtung. 1907.

Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht. 3. Aufl. 1906.

Sydow-Busch: Konkursordnung. 10. Aufl. 1906.

Ullmann: Das gesetzliche eheliche Güterrecht in Deutschland. 2. Aufl. 1903.

Völderndorff: Kommentar zur Konkursordnung. 1879.

Wehlau: Die Pflicht des Ehemanns zur Sicherheitsleistung. Breslauer Diss. 1907.

Wilmowski: Deutsche Reichskonkursordnung. 6. Aufl. 1906.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Band. 9. Aufl. 1906.

Wolff: Konkursordnung. 1900.

Kapitel 1.

Geschichtliche Einleitung.

Wenn man die Frage, ob die nach der Zahlungseinstellung erfolgte hypothekarische Sicherstellung des eingebrachten Vermögens der Frau auf Grund des § 30 K.O. anfechtbar sei, beantworten will, so ist diese Antwort von zwei Faktoren abhängig, nämlich erstens von der Bedeutung des § 30 K.O. und zweitens von der Bedeutung der Bestimmungen, die über die Sicherstellung des eingebrachten Vermögens der Frau gegeben sind. Will man daher die Frage nach früherem Recht beantworten, so muß man sich sowohl die Entwicklung der jetzt im § 30 enthaltenen Bestimmungen als die der Vorschriften über die Sicherstellung des eingebrachten Vermögens der Frau vergegenwärtigen.

I. Entwicklung des § 30 K.O.

Im Gegensatz zum römischen und gemeinen Recht kennt das heutige Recht außer der sogenannten Delikts- (§ 31 K.O.) und der Schenkungs-Pauliana (§ 32 K.O.) noch die Konkurs-Pauliana. (§ 30 K.O.) Zum ersten Male findet sich eine unabhängig von dem Vorliegen einer Benachteiligungsabsicht oder einer Schenkung eintretende Gebundenheit des schuldnerischen Vermögens vor dem Konkursbeginn in den Statuten der oberitalienischen Städte.[1]) Für die weitere Entwicklung war das französische Recht maß-

[1]) Vgl. Kohler, S. 195. Ebenso Grützmann, S. 115; Dernburg, Preuß. Privatrecht, Bd. II, S. 329; Dernburg, Pandekten, S. 393. Hellmann, S. 300, nimmt an, daß die Entwicklung erst mit dem Reglement von Lyon einsetze.

gebend und zwar zunächst das Reglement von Lyon vom Jahre 1667. Hier war bestimmt, daß Veräußerungen, die der Schuldner nicht mindestens 10 Tage vor dem Bekanntwerden des Konkurses vorgenommen hatte, nichtig sein sollten. Das Geltungsgebiet dieser Bestimmung wurde durch ein Edikt von 1702 auf ganz Frankreich ausgedehnt.

Eine Fortbildung der Konkurs-Pauliana fand erst im code de commerce statt. Er bestimmte, daß alle Rechtshandlungen des Schuldners, die vorgenommen waren nach dem von der Behörde als Beginn des Konkurses bestimmten Zeitpunkt, nichtig sein sollten. Für gewisse Arten von Handlungen waren aber auch die 10 Tage vor diesem Termine von Bedeutung, und zwar wurde ein Teil der in diesem Zeitraume vorgenommenen Rechtshandlungen für nichtig, ein anderer aber bereits für nur anfechtbar erklärt.[1])

Eine größere Bedeutung erhielt die Anfechtbarkeit auf Kosten der Nichtigkeit im Fallimentsgesetz von 1838. Hier wurden sogar schon für einen Teil der nach der Zahlungseinstellung erfolgten Rechtshandlung des Schuldners nicht die Nichtigkeit, sondern die Anfechtbarkeit angeordnet. Auch insofern bedeutet das Fallimentsgesetz einen Fortschritt, als die Anfechtung nur dann möglich war, wenn der Vertragsgegner von der Zahlungseinstellung Kenntnis hatte.[2])

Die Bestimmungen dieses Gesetzes wurden in die preußische K.O. von 1855 übernommen. Nur enthielt sie insofern eine Modifikation, als auch den Konkursgläubigern subsidiär das Anfechtungsrecht zustand, nicht nur, wie im französischen Recht, dem Konkursverwalter. Auch wurde hier der Zahlungseinstellung der Eröffnungsantrag gleichgestellt.

Als eine Fortbildung der preußischen K.O. stellt sich dann der § 23 Reichskonkursordnung von 1876 dar. Hiernach ist eine Rechtshandlung nie mehr nichtig, sondern

[1]) Vgl. Seuffert, S. 200.

[2]) Vgl. Kohler, S. 232; Hellmann, S. 301.

immer nur anfechtbar, und es ist ferner immer die Kenntnis des „anderen Teils“ von der Zahlungseinstellung, resp. dem Eröffnungsantrage notwendig.

Der § 23 der alten Konkursordnung wurde dann unverändert als § 30 in die neue Konkursordnung von 1898 übernommen.

II. Die Entwicklung der Bestimmungen über die Sicherstellung des eingebrachten Vermögens der Frau.

Den Ausgangspunkt für die Entwicklung der Bestimmungen über die Sicherstellung des eingebrachten Vermögens bildet das römische Recht. Das deutsche Recht hat dagegen auf diese Entwicklung keinen Einfluß gehabt. Bereits zur Zeit der Republik wurde der Anspruch auf Rückgewähr der dos durch den Abschluß einer Stipulation gesichert.[1]) Später wurden zu diesem Zweck auch Sachen verpfändet und Bürgen gestellt.[2]) Auch suchte man die Sicherstellung dadurch zu erreichen, daß man dem Manne verbot, zur dos gehörende Grundstücke ohne Zustimmung der Frau zu veräußern. Die Verpfändung sollte sogar trotz ihrer Zustimmung nichtig sein. (lex Iulia de adulteriis.) Man gab schließlich auch die Klage auf Rückgewähr der dos während der Ehe, wenn sich die Vermögensverhältnisse des Mannes verschlechterten.[3])

Ebenso zahlreich wie im älteren römischen Recht waren die Mittel zur Sicherstellung im Justinianischen Recht. Hier hatte die Frau ein Generalpfandrecht am gesamten Vermögen des Mannes, und zwar war dieses Pfandrecht auch noch privilegiert. Außerdem aber hatte sie noch ein privilegiertes Pfandrecht an den Dotalsachen. Ferner wurde das Verbot der Veräußerung oder Verpfändung von Dotalgrundstücken aufrecht erhalten. Es wurde sogar noch insofern verschärft als auch die Veräußerung mit Zustimmung der Frau für nichtig erklärt wurde. Endlich hatte die Frau noch im

[1]) Vgl. Czyhlarz, Das römische Dotalrecht, 1870, S. 49.
[2]) Vgl. hierzu und zum folgenden: Czyhlarz, S. 403 ff.
[3]) l. 24 pr. D. 24, 3.

Konkurse ein Vorrecht vor den persönlichen Gläubigern. Bei der Rezeption des römischen Rechts wurde das römische eheliche Güterrecht nur in einem verhältnismäßig kleinen Teile Deutschlands mit aufgenommen. Es herrschte deshalb bezüglich der Sicherstellung des eingebrachten Vermögens der Frau, resp., wenn das in das Eigentum des Mannes übergegangen war, des Anspruchs auf Rückgewähr die bunteste Mannigfaltigkeit. Zum Teil wurde überhaupt kein Schutz gewährt; wenn aber ein solcher gewährt wurde, geschah es auf die verschiedensten Arten. Im A.L.R. war die Sicherstellung in den §§ 254, 255, II, 1 behandelt. Nach § 254 konnte die Frau auch ohne Einwilligung des Mannes auf dessen Grundstücken zwecks Sicherstellung des eingebrachten Vermögens eine Hypothek eintragen lassen. Jedoch stand ihr dieses Recht nur während eines Jahres nach Eingehung der Ehe zu. Außerdem hatte sie aber für den Fall, daß „die wahrscheinliche Besorgnis eines Verlustes begründet war", das Recht nach § 255, von dem Ehemann Sicherheitsleistung zu verlangen.

Das durch § 254 gewährte Recht zur Eintragung einer Hypothek stand der Frau auch nach Art. 12 des E.G. zur preußischen K.O. von 1855 zu. Ferner hatte sie hier nach § 80 Abs. 2, allerdings nur im Konkurse eines Nichtkaufmanns, eine bevorrechtigte Forderung, und zwar war sie den Kindern und Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners gleichgestellt. Das Recht auf Sicherheitsleistung nach § 255 A.L.R. ließ die preußische K.O. unberührt.[1])

Durch das Eigentumserwerbsgesetz vom Jahre 1872 wurde die Eintragung einer Hypothek erschwert. Es genügte nicht mehr der Antrag der Frau zur Eintragung, sondern es mußte auf die Abgabe der Willenserklärung geklagt werden, wenn der Mann seine Einwilligung nicht gab.

Nach der R.K.O. von 1877 gibt es ein Vorrecht der Ehefrau im Konkurse nicht mehr. Das B.G.B. hat das

[1]) Rönne, Bd. III, S. 92; Dernburg, Preuß. Privatrecht, Bd. III, S. 104; Entsch. d. Ob.-Tribunals v. 27. März 1860.

Recht zum Eintragen einer Hypothek beseitigt. Es gewährt nur für den Fall der Gefährdung die sich aus § 1391 ergebenden Rechte.

Kapitel 2.

Was versteht man unter „hypothekarischer Sicherstellung des eingebrachten Vermögens"?

Mit hypothekarischer Sicherstellung des eingebrachten Vermögens[1]) wird verschiedenes bezeichnet. In erster Linie kann die Forderung der Frau gegen den Mann aus § 1424 auf Herausgabe des eingebrachten Gutes nach Beendigung der Verwaltung und Nutznießung hypothekarisch sichergestellt werden, allerdings nur insoweit, als sie auf Geld geht. Letzteres folgt aus § 1115. Hier wird nämlich verlangt, daß der Geldbetrag der Forderung, für die die Hypothek bestellt wird, eingetragen wird.[2]) [3]) Hieraus ergibt

[1]) Wenn im folgenden zwischen eingebrachtem Vermögen bei der Verwaltungsgemeinschaft und eingebrachtem Vermögen bei der Fahrnis- und bei der Errungenschaftsgemeinschaft nicht unterschieden wird, so geschieht das deshalb, weil die hier in Betracht kommenden Vorschriften für alle drei Güterrechtssysteme gleichen Inhalt haben, sei es, daß in § 1525 Abs. 2 und 1550 Abs. 2 auf die Vorschriften bei der Verwaltungsgemeinschaft direkt verwiesen ist, oder daß in den §§ 1543 und 1546 Abs. 3, resp. 1549 entsprechende Vorschriften aufgestellt sind.

[2]) R.G. in D.J.Z. 1905, S. 964; K.G. Jahrb. Bd. 21 A, S. 139. Vgl. Planck, III, S. 523, Bem. 5; Staudinger, III, S. 572; Turnau-Förster, I, S. 728, Anm. 6; a. M. Fuchs, Grundbuchrecht, Bem. 5 zu § 1113 und Bem. 4 zu § 1115; Cosack, II, § 222, Ziff. I, l. c.

[3]) Planck widerlegt (a. a. O.) die von Fuchs vertretene Ansicht, daß die Forderung auch einen anderen Inhalt haben könne, indem er darauf hinweist, daß die Unrichtigkeit dieser Ansicht aus der Fassung des § 1115 folge. Würde man nämlich auch die Sicherung anderer Forderungen haben zulassen wollen, so hätte man das bei der Fassung ebenso berücksichtigt, wie die Unverzinslichkeit. Ferner wird im B.G.B. regelmäßig nur vom Betrage der Forderung, nicht von der Belastung gesprochen.

sich, daß nur für Forderungen, die auf Geld gehen, Hypotheken bestellt werden können. Ferner aber ist es möglich, daß die Ersatzforderungen der Frau gegen den Mann hypotekarisch sichergestellt werden. Gleichgültig ist dabei, ob die Ersatzforderungen bereits entstanden sind oder nicht, da nach § 1113 B.G.B. ja auch für künftige und bedingte Forderungen Hypotheken bestellt werden können.

Unter hypothekarischer Sicherstellung des eingebrachten Vermögens wird aber auch verstanden, die Bestellung einer Hypothek für eine Forderung, die dadurch entstanden ist, daß der Mann das gesammte eingebrachte Vermögen der Frau zu einem bestimmten Werte übernommen hat. Hiergegen könnte auch nicht eingewendet werden, daß es sich hierbei nicht um die hypothekarische Sicherstellung des eingebrachten Vermögens handle, sondern um die Sicherung einer an Stelle des eingebrachten Vermögens entstandenen Forderung; denn die Forderung gehört zum eingebrachten Vermögen oder bildet vielmehr das eingebrachte Vermögen.

Im Folgenden sind beide Möglichkeiten einer hypothekarischen Sicherstellung des eingebrachten Vermögens berücksichtigt.

Kapitel 3.

Ist § 30 K.O., abgesehen von dem Vorliegen der Voraussetzungen dieses Paragraphen auf die vorliegenden Tatbestände überhaupt anwendbar?

I. Wird die Anwendbarkeit des § 30 durch Aufhebung der Bestimmungen der alten K.O. über Sicherstellung des eingebrachten Vermögens ausgeschlossen?

Wenn in anderen Fällen der Tatbestand des § 30 K.O. erfüllt ist, so kann die Anfechtbarkeit nicht zweifelhaft sein. In unserem Falle ist es aber, abgesehen von dem

Vorliegen der Voraussetzungen des § 30 K.O. fraglich, ob dieser Paragraph überhaupt anwendbar ist.

Ein Einwand, den man vielleicht gegen die Anwendbarkeit des § 30 anführen könnte, ist folgender: In der alten K.O. hatte der dem heutigen § 32 entsprechende § 25 No. 2 noch folgenden Zusatz: „sowie eine innerhalb dieses Zeitraums von ihm bewirkte Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heiratsguts oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, sofern er nicht zu der Sicherstellung oder Rückgewähr durch das Gesetz oder durch einen vor diesem Zeitraum geschlossenen Vertrag verpflichtet war.“ Man könnte nun sagen, diese Bestimmung enthielt eine spezielle Regelung der Sicherstellung des eingebrachten Vermögens, also war nach der alten K.O. die Anfechtung auf Grund der anderen Paragraphen über Anfechtung ausgeschlossen. Durch die Aufhebung dieser Spezialbestimmung sei nun zum Ausdruck gebracht, daß man eine Anfechtung des eingebrachten Vermögens nicht mehr wünsche und aus diesem Grunde verbiete sich die Anwendung des § 30 K.O. Diese Beweisführung ist nur unter den Voraussetzungen zutreffend, daß 1. wirklich durch die eben erwähnte Bestimmung die Anfechtbarkeit auf Grund der anderen Vorschriften ausgeschlossen war und 2. durch die Aufhebung der Bestimmung unter anderem ausgedrückt wurde, die Sicherstellung des eingebrachten Vermögens solle nicht mehr anfechtbar sein.

Wenn die Bestimmung über die Rückgewähr oder Sicherstellung des Heiratsgutes oder des gesetzlich in die Verwaltung des Mannes gekommenen Vermögens eine Spezialbestimmung war, so war sie das höchstens im Verhältnis zu den anderen Bestimmungen des § 25 alte K.O., nicht aber im Verhältnis zu den übrigen Vorschriften über Anfechtung, insbesondere dem § 23 alte K.O.; denn die Gründe, aus denen nach beiden Bestimmungen die Anfechtung zugelassen wird, sind vollständig verschieden. Der Anfechtungsgrund der Bestimmung des § 23 alte K.O.

ist die Sicherung des Vermögens des Schuldners zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Konkursgläubiger vom Augenblick der Zahlungseinstellung, resp. des Eröffnungsantrages an, der Anfechtungsgrund der anderen Bestimmung aber ergibt sich aus der Stellung der Vorschrift unter den Bestimmungen über die Anfechtung unentgeltlicher Verfügungen. Daraus folgt, daß auch nach der alten K.O. eine Anfechtung auf Grund des § 23 nicht ausgeschlossen war.[1])

Aber selbst wenn man annehmen wollte, daß die Bestimmung über Rückgewähr oder Sicherstellung des Frauenvermögens gegenüber allen Vorschriften über Anfechtung eine Spezialbestimmung war, so würde hieraus noch nicht die Nichtanwendbarkeit des § 30 folgen; denn durch die Aufhebung der Bestimmung sollte nicht die Absicht zum Ausdruck gebracht werden die Sicherstellung der Anfechtung zu entziehen. Die zweite Voraussetzung der Nichtanwendbarkeit liegt also ebenfalls nicht vor. Denn hätte die Absicht bestanden, die Anfechtung auszuschließen, so müßte sich das aus der Entstehungsgeschichte der neuen Fassung des § 25 (§ 32) entnehmen lassen. Aus ihr geht aber hervor, daß die Aufhebung nur deshalb erfolgte, weil man folgenden Widerspruch beseitigen wollte. Die Anfechtung war nach § 25 No. 2 Halbsatz 2 ausgeschlossen, wenn die gesetzliche Verpflichtung zur Sicherstellung oder Rückgewähr bestand. Eine solche Verpflichtung entsteht nun nach den §§ 1391 und 1418 Abs. 1 No. 1 dann, wenn das Verhalten des Mannes die Besorgnis begründet, daß die Rechte der Frau in einer das eingebrachte Vermögen erheblich gefährdenden Weise verletzt werden, oder wenn die der Frau aus der Verwaltung und Nutznießung des Mannes zustehenden Ansprüche auf Ersatz des Wertes verbrauchbarer Sachen erheblich gefährdet sind. Würde also die Rückgewähr oder Sicherstellung erst dann erfolgen, wenn sich der Mann bereits in Vermögensverfall befindet,

[1]) Vgl. R.G. vom 17. Juni 1902; J.W., Bd. 1902, S. 424, No. 28.

und deshalb regelmäßig der Anspruch aus § 1391 resp. 1418 begründet ist, so wäre die Anfechtung ausgeschlossen. Würde dagegen die Rückgewähr oder Sicherstellung schon zu einer Zeit geschehen sein, als sich der Mann noch in günstigen Vermögensverhältnissen befand, so wäre die Anfechtung ohne weiteres möglich, da hier ja keine gesetzliche Verpflichtung bestand.[1])

Lediglich, weil man diesen Widerspruch vermeiden wollte, erfolgte die Abänderung des § 25 alte K.O., nicht aber weil man die Anfechtung der Sicherstellung oder Rückgewähr hinfort ausschließen wollte.[2]) Es kann also aus der Aufhebung der Bestimmung nicht auf die Nichtanwendbarkeit des § 30 für den Fall der Sicherstellung geschlossen werden.

II. Wird durch Artikel 32 Satz 2 E.G.B.G.B. die Anwendbarkeit des § 30 K.O. ausgeschlossen?

Zu einem anderen Zweifel bezüglich der Anwendbarkeit des § 30 geben folgende Erwägungen Anlaß: Der § 1391 B.G.B. gewährt der Frau unter gewissen Bedingungen einen Anspruch auf Sicherheitsleistung. Da über die Art der Sicherheitsleistung nichts näheres gesagt ist, kommen die allgemeinen Vorschriften der §§ 232 ff. zur Anwendung.[3]) Hiernach kann Sicherheit auch durch Verpfändung von (inländischen) Grundstücken geleistet werden. Der § 30 K.O. erklärt nun eine solche Sicherheitsleistung, obwohl die Frau auf sie Anspruch hat, für anfechtbar.

Es entsteht nun die Frage, ist der § 30 K.O. vielleicht gemäß Art. 32 Satz 2 E.G.B.G.B. „insoweit außer Kraft getreten, als sich aus dem B.G.B. — d. h. hier dem § 1391 — seine Aufhebung ergibt".

---

[1]) Vgl. Hahn-Mugdan, Bd. VII, S. 240 ff.

[2]) Ebenso O.L.G. Colmar, Rechtspr. Bd. VII, S. 57.

[3]) Ebenso Staudinger, S. 235, 4; Opet u. Blume, Anm. 4b zu § 1391; Schmidt, S. 258, 3; Dernburg, B.R., S. 158; Ullmann, S. 263; Planck, S. 167, 4; Rocholl, S. 144.

Bevor aber diese Frage untersucht wird, ist zu prüfen, ob dieser Zweifel bei jeder der oben aufgezählten Arten von hypothekarisch sichergestellten Ansprüchen entsteht. Es sind als m. a. W. alle Fälle auszuscheiden, bei denen die Möglichkeit der Anfechtung lediglich von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 30 K.O. abhängt und für den § 1391 B.G.B. nicht in Frage kommt.

Von den Ansprüchen, die nach der ersten Auslegung der Worte „hypothekarische Sicherstellung des eingebrachten Vermögens" sichergestellt werden können, kommt zunächst der Anspruch auf Herausgabe des eingebrachten Vermögens, soweit es in Geld besteht, in Betracht. Für diesen Anspruch ist jedenfalls § 1391 Abs. 2 nicht von Bedeutung, denn dort handelt es sich um Ersatzforderungen. Anders steht es dagegen mit Abs. 1. Er ist hier von Bedeutung, denn der Herausgabeanspruch gehört zu „den Rechten der Frau", von denen im Abs. 1 die Rede ist. Wird also durch das Verhalten des Mannes die Besorgnis begründet, daß der Herausgabeanspruch der Frau in einer Weise verletzt wird, die das eingebrachte Gut erheblich gefährdet, so entsteht ein Anspruch auf Sicherheitsleistung. Es fragt sich aber, ob der Herausgabeanspruch durch die Zahlungseinstellung immer so gefährdet wird, daß der Anspruch auf Sicherheitsleistung entsteht, ob also in jedem Falle die Möglichkeit der Anfechtung, abgesehen von dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 30 K.O. zweifelhaft ist oder nicht. Die Frage ist zu bejahen, wenn die Zahlungseinstellung allein genügt, um die Voraussetzungen des § 1391 Abs. 1 in jedem Falle zu erfüllen. Nach § 1391 Abs. 1 muß „durch das Verhalten des Mannes die Besorgnis begründet sein, daß die Rechte der Frau in einer das eingebrachte Vermögen erheblich gefährdenden Weise verletzt werden". Gefordert wird zunächst ein „Verhalten des Mannes". Mag man nun auch das Einstellen der Zahlungen als ein Unterlassen auffassen, so wird dadurch die Anwendbarkeit von § 1391 nicht in Frage gestellt,

denn das „Verhalten“ umfaßt sowohl Handlungen wie Unterlassungen.[1])

Ohne Einfluß für die Entscheidung der Frage ist die Tatsache, daß die Zahlungseinstellung auch ohne Verschulden des Mannes erfolgen kann, denn das „Verhalten“ des Mannes ist unabhängig von der Frage der Verschuldung.[2]) Es wird ferner verlangt, daß die Besorgnis begründet ist, daß die Rechte der Frau in einer das eingebrachte Gut erheblich gefährdenden Weise verletzt werden. Die Erheblichkeit der Gefährdung muß sich sowohl auf die Nähe der Gefahr, als auf die Größe des zu erwartenden Schadens erstrecken.[3]) Soll nun die Zahlungseinstellung immer den Anspruch auf Sicherheitsleistung zur Entstehung bringen, so muß sie erstens stets die Besorgnis der Verletzung des Herausgabeanspruchs begründen und zweitens stets das eingebrachte Vermögen erheblich gefährden. Die Frage, ob eine solche Besorgnis begründet ist, daß stets das eingebrachte Vermögen erheblich gefährdet wird, kann unbeantwortet bleiben, da die Zahlungseinstellung jedenfalls nicht immer die Besorgnis der Verletzung des Herausgabeanspruchs begründet. Das geschieht vielmehr nur dann, wenn durch sie zum Ausdruck kommt, daß der Mann zur Verwaltung des Vermögens der Frau ungeeignet ist. Das ist aber nicht immer der Fall. Es ist sehr wohl denkbar, daß ein Mann seine Zahlung einstellt, und das Vermögen der Frau in mustergültiger Weise verwaltet. Es ist zuzugeben, daß sich solche Fälle nicht allzuhäufig ereignen werden. Aber das schließt ihre begriffliche Möglichkeit nicht aus.[4])

---

[1]) Ebenso Schmidt, S. 257, Ia; Opet u. Blume, Anm. 2a zu § 1391; Dernburg. B.R., S. 157; Staudinger, S. 234, 2a; Planck, S. 166, 2a.

[2]) Schmidt, S. 257, Ia; Staudinger, S. 234, 2a; Planck, S. 166, 2a.

[3]) Schmidt, S. 257, Ia; Planck, S. 166, 2a; Opet u. Blume, S. 160, 2d.

[4]) Ebenso Mot. IV, S. 296; Planck, S. 166, 2a; Staudinger, S. 234, 2a; Windscheid, S. 1019; Schmidt, S. 257, 1a; Wehlau,

Hieraus ergibt sich also, daß die Zahlungseinstellung nicht immer den Anspruch auf Sicherheitsleistung begründet, und daß eine nach der Zahlungseinstellung vorgenommene hypothekarische Sicherstellung des Herausgabeanspruchs ohne jeden besonderen Zweifel — wenn die Voraussetzungen des § 30 K.O. vorliegen — anfechtbar sein kann, nämlich dann, wenn trotz Zahlungseinstellung der Tatbestand des § 1391 nicht vorliegt.

Ferner ist zu prüfen, ob alle Arten von hypothekarisch sichergestellten Ersatzforderungen unter § 1391 fallen, und ob die Zahlungseinstellung bei den Arten, für die § 1391 in Betracht kommt, immer den Anspruch auf Sicherstellung begründet. Bei der Prüfung der Frage, ob alle, resp. welche Arten unter § 1391 fallen, ist zu unterscheiden, zwischen Ersatzforderungen für verbrauchbare Sachen und anderen Ersatzforderungen. Daß für die ersteren § 1391 von Bedeutung ist, ergibt sich aus Abs. 2, der für sie spezielle Bestimmungen enthält.

Die anderen Ersatzforderungen fallen dagegen nicht unter § 1391, denn der Abs. 2 bestimmt: „das Gleiche", nämlich das Recht Sicherheit zu fordern, „gilt" bei Gefährdung der Ersatzforderungen für verbrauchbare Sachen. Hierdurch drückt das B.G.B. gleichzeitig aus, daß „das Gleiche" nicht gelten soll bei der Gefährdung anderer Ersatzforderungen. Daher kann ihre Gefährdung nie einen Anspruch auf Sicherheitsleistung begründen.[1]) Die Anfechtung der hypothekarischen Sicherstellung von solchen Ersatzforderungen, seien sie nun schon entstanden oder nicht, ist also nie von besonderen Voraussetzungen abhängig.

Anders steht es dagegen mit den Ersatzforderungen für verbrauchbare Sachen, und zwar sowohl hinsichtlich schon

---

S. 22; R.G. vom 6. April 1905; im Recht 1905, S. 529; O.L.G. Naumburg; Seufferts Archiv 57, No. 83; a. M. Dernburg, B.R., S. 157, Anm.; Eck-Leonhard, S. 424.

[1]) Ebenso ohne Begründung Müller-Meikel, S. 60; Ullmann, S. 263; nach Planck, S. 166 2b, können dagegen solche Ersatzforderungen unter Abs. 1 fallen.

entstandener als noch zukünftiger. Zwar könnte man nach dem Wortlaut des Abs. 2 — „zustehende" — vielleicht annehmen, es seien nur bereits entstandene Forderungen gemeint; aber aus den Protokollen zum B.G.B.[1]) ergibt sich deutlich, daß man auch künftige Ersatzansprüche treffen wollte. Da mit einer solchen Auslegung der Wortlaut nicht durchaus unvereinbar ist, wird man die Geltung des Abs. 2 auch für solche Ansprüche annehmen können.[2])

Ist nun die Zahlungseinstellung allein geeignet, den Anspruch auf Sicherheitsleistung immer zu begründen? Der Abs. 2 des § 1391 verlangt, daß die Ansprüche der Frau „erheblich gefährdet sind". Im Gegensatz zu Abs. 1 bezieht sich hier die Erheblichkeit der Gefährdung nur auf die Nähe der Gefahr, nicht auf die Größe des zu erwartenden Schadens. Es ist gleichgültig, ob der oder die gefährdeten Ansprüche einen erheblichen Teil des eingebrachten Vermögens bilden oder nicht.[3]) Wird nun durch die Zahlungseinstellung immer eine solch erhebliche Gefährdung der Ansprüche bewirkt? Es ist zwar richtig, daß nicht jede Zahlungseinstellung notwendig eine Konkurseröffnung, und daß nicht jede Konkurseröffnung notwendig nur eine teilweise Befriedigung der Konkursgläubiger zur Folge hat. Aber es ist ja nicht die sichere Gewißheit der Beeinträchtigung der Ansprüche, sondern nur ihre erhebliche Gefährdung verlangt, und diese dürfte dadurch eingetreten sein, daß mit der Zahlungseinstellung des Ehemanns die hohe Wahrscheinlichkeit vorliegt, daß die Frau bezüglich ihrer nicht gesicherten Ersatzforderungen im Konkurse des Mannes nur teilweise befriedigt wird. Hieraus folgt, daß die Ersatzforderungen für verbrauchbare Sachen stets durch die Zahlungseinstellung erheblich gefährdet sind, und daß die Anfechtbarkeit ihrer hypothekarischen Sicher-

[1]) Prot. Bd. IV, S. 198 ff.

[2]) Staudinger, S. 234 2b; Opet u. Blume, Anm. 4a zu § 1391; Schmidt, S. 258, 2b; Ullmann, S. 262; Planck, S. 167, 3h.

[3]) Ebenso Planck, S. 167, 2b; Opet u. Blume, Anm. 3b zu § 1391; Schmidt, S. 258, 1b.

stellung immer von der Vorfrage der eventuellen Außerkraftsetzung des § 30 K.O. abhängig ist.[1])

Unter der hypothekarischen Sicherstellung des eingebrachten Vermögens kann aber, wie oben ausgeführt wurde, auch die Sicherstellung der Forderung verstanden werden, die die Frau erhielt für die Übernahme des eingebrachten Gutes durch den Mann. Ist auch für diese Forderung § 1391 von Bedeutung, und begründet die Zahlungseinstellung allein stets den Anspruch auf Sicherstellung? Was die erste Frage anbetrifft, so kommt für die Forderung jedenfalls nicht Abs. 2 in Betracht, denn hier handelt es sich um Ersatzforderungen für eingebrachtes Vermögen, während ja in unserem Falle die Forderung die Substanz des eingebrachten Vermögens bildet. Es könnte auch nicht geltend gemacht werden, daß die Forderung deshalb zu den Ersatzforderungen zu zählen sei, weil sie an die Stelle des eingebrachten Vermögens getreten ist, das die Frau vor der Übernahme besaß. Denn abgesehen davon, daß in Abs. 2 nur von Ersatzforderungen für verbrauchbare Sachen die Rede ist, während das eingebrachte Vermögen keineswegs nur aus solchen zu bestehen braucht, werden hier nur die „aus der Verwaltung und Nutznießung" des Mannes entstehenden Ersatzansprüche behandelt. In unserem Falle ist aber die „Ersatzforderung" durch einen zwischen Mann und Frau abgeschlossenen Vertrag entstanden, nicht auf Grund der Verwaltung und Nutznießung. Abs. 2 kommt also nicht in Frage.

Wohl aber kann die Gefährdung der Forderung nach Abs. 1 einen Anspruch auf Sicherheitsleistung zur Entstehung bringen. Für die Frage, ob die Zahlungseinstellung stets diesen Anspruch auf Sicherheitsleistung begründet, kommen dieselben Erwägungen in Betracht, die bei den Ersatzforderungen für verbrauchbare Sachen angestellt worden sind (Zahlungseinstellung begründet die hohe Wahrscheinlichkeit, daß die Forderung als Konkursforderung

[1]) Ebenso Dernburg, B.R., S. 157; Windscheid, S. 1019: Staudinger, S. 234, 2b; R.G., Bd. 60, S. 182.

nur zum Teil befriedigt wird). Allerdings unterscheidet sich dieser Fall von dem obigen insofern, als hier die Erheblichkeit der Gefährdung sich, wie oben erwähnt, auch auf die Größe des Schadens erstrecken muß. Dieses Erfordernis ist aber hier durchaus erfüllt, denn die Forderung bildet nicht nur einen erheblichen Teil des eingebrachten Vermögens, sondern sogar das ganze eingebrachte Vermögen. Die prinzipiell abweichende Behandlung dieses Falles von dem des Herausgabeanspruches (s. o.) rechtfertigt sich dadurch, daß bei diesem bezüglich der Frage der Gefährdung die persönlichen Eigenschaften des Ehemannes zu berücksichtigen sind, während bei jenem die Gefährdung ohne Rücksicht auf die Zuverlässigkeit des Mannes eintritt.

In den Fällen, die nicht unter § 1391 fallen, kann die Anwendbarkeit des § 30 K.O., sofern nur die von ihm aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind, nicht weiter zweifelhaft sein, wohl aber können Bedenken entstehen bei den Fällen, die unter § 1391 fallen.

Aus welchen Gründen könnte die Aufhebung des § 30 durch § 1391 gefolgert werden?

Gegen die Anwendbarkeit des Paragraphen in diesen Fällen könnte, wie schon oben erwähnt, etwa eingewendet werden, daß § 30 K.O. und § 1391 B.G.B. sich insofern widersprechen, als § 30 die Erfüllung des von § 1391 B.G.B. gewährten Anspruchs für anfechtbar erklärt, und daß deshalb § 30 gemäß Art. 32 Satz 2 E.G.B.G.B. insoweit außer Kraft gesetzt sei, als er § 1391 widerspräche.

Nach Art. 32 Satz 2 E.G.B.G.B. „treten die Vorschriften der Reichsgesetze insoweit außer Kraft, als sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch . . die Aufhebung ergibt“. Diese Aufhebung kann sich ergeben aus der begrifflichen Unmöglichkeit des Nebeneinanderbestehens beider Vorschriften oder aus einem sonstigen Grunde.

Eine begriffliche Unmöglichkeit des Nebeneinanderbestehens der beiden Vorschriften, die vorliegen würde, wenn

an denselben Tatbestand verschiedene Rechtsfolgen geknüpft wären, kommt für unseren Fall nicht in Betracht, denn § 1391 knüpft an einen gewissen Tatbestand die Rechtsfolge der Entstehung eines Anspruchs auf Sicherheitsleistung, während § 30 K.O. beim Vorliegen eines anderen Tatbestandes die Möglichkeit der Anfechtung gibt. Daß der Tatbestand wirklich ein anderer ist ergibt sich daraus, daß § 30 K.O. die Erfüllung des Anspruchs, der als Rechtsfolge des § 1391 eintritt, als Tatbestand voraussetzt.

Die Aufhebung könnte aber auch auf andere Weise zum Ausdruck gebracht sein. Hierfür kommt allein der Umstand in Betracht, daß § 30 K.O. die Anfechtung der Erfüllung, auf die § 1391 einen Anspruch gewährt, ermöglicht, und daß sogar dasselbe Ereignis, die Zahlungseinstellung, die Entstehung des Anspruchs und die Möglichkeit der Anfechtung herbeiführt. Man könnte sagen, weshalb würde das B.G.B. in diesem Falle, da die Erfüllung ja doch immer anfechtbar ist, erst einen Anspruch gewähren, wenn es nicht zum Ausdruck bringen wollte, daß es den § 30 K.O. hier nicht angewandt wissen will. Man würde sich also darauf berufen, daß die Entstehung des Anspruchs zwecklos wäre, wenn die Konkursordnung die Erfüllung stets für anfechtbar erklärt.

Demgegenüber ist folgendes zu bemerken: die Konkursordnung bestimmt nicht, daß die Erfüllung nichtig sein soll, sondern sie erklärt sie für anfechtbar. Hieraus folgt, daß die Entstehung des Anspruchs nicht zwecklos ist, wenn der Konkursverwalter von seinem Rechte aus irgend einem Grunde keinen Gebrauch macht.

Daß aber der Anspruch auf Sicherheitsleistung trotz Anwendung des § 30 K.O. Bedeutung hat, ergiebt sich vor allem aus Folgenden: Die Bestellung der Sicherheit kann auch so erfolgen, daß die Voraussetzungen der Anfechtung nicht erfüllt werden, insbesondere braucht eine Benachteiligung der Konkursgläubiger, ein Erfordernis jeder Anfechtung[1]) nicht vorzuliegen. Wenn also z. B. der Gemein-

[1]) Das folgt aus dem Zweck der Anfechtung. Vgl. unten S. 31.

schuldner mit seinem konkursfreien Vermögen Sicherheit geleistet hat, oder eine Pfandbestellung von seiten eines Dritten vornehmen ließ, so ist die Anfechtung ausgeschlossen, weil die Konkursgläubiger nicht benachteiligt sind. In diesen Fällen ist das Entstehen des Anspruchs ebenfalls nicht zwecklos. Es kann also nicht aus der stets eintretenden Anfechtbarkeit auf die Zwecklosigkeit der Entstehung des Anspruchs und aus dieser auf das Außerkrafttreten des § 30 K.O. geschlossen werden.

Diese angebliche Zwecklosigkeit hat wahrscheinlich auch Hellmann[1]) im Auge, wenn er sagt, daß es „vernünftiger Weise nicht denkbar ist", daß das Gesetz der Frau einen Anspruch auf Sicherheitsleistung gibt und zugleich die Anfechtung der Erfüllung dieses Anspruches durch die Gläubiger zulassen wollte. Es ist aber ein solcher Wille sehr wohl denkbar, da, wie gezeigt, das Entstehen eines Anspruchs keineswegs zwecklos ist, wenn z. B. der Konkursverwalter aus irgend einem Grunde nicht anfechten will oder wenn der Gemeinschuldner mit seinem konkursfreien Vermögen Sicherheit geleistet hat oder wenn er eine Pfandbestellung von seiten eines Dritten vornehmen ließ.

Aber selbst wenn man annehmen würde, daß für den Fall der Zahlungseinstellung die Bestimmung des § 1391 zwecklos wäre, würde sich hieraus nicht die Aufhebung des § 30, insoweit er den § 1391 widerspricht, ergeben. Denn § 30 würde sich gegenüber § 1391 als durch Art. 32 nicht aufgehobene Sondervorschrift darstellen. Daß aber § 30 K.O. gegenüber § 1391 die Sondervorschrift enthält, folgt aus dem Zweck der Bestimmungen.

§ 1391 bezweckt allgemein den Schutz der Frau für den Fall der Gefährdung ihrer Interessen. Der Zweck des § 30 K.O. ergibt sich aus der Begründung des Entwurfs der K.O. von 1875.[2]) Hier heißt es: „Von dem Augenblicke an, wo der Rechtsanspruch der Gläubiger

[1]) S. 346, 341 ff.
[2]) S. 102.

entsteht, darf der Schuldner nicht mehr frei schalten und walten, er muß sich sozusagen als Verwalter seines Gutes betrachten.“ [1]) § 30 K.O. bezweckt also den Schutz der Gläubiger für den speziellen Fall, daß nachteilige Rechtshandlungen nach der Zahlungseinstellung, resp. dem Eröffnungsantrage vorgenommen worden sind. § 30 K.O. enthält also gegenüber § 1391 die Sonderbestimmung. [2])

Daß aber in der K.O. bezüglich der Anfechtbarkeit einer Sicherstellung, auf deren Bestellung ein Anspruch bestand, keine Ausnahme von dem Grundsatz gemacht ist, daß nach der Zahlungseinstellung, resp. dem Eröffnungsantrage der Schuldner über sein Vermögen mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern nicht mehr verfügen kann, ergibt sich aus folgender Betrachtung:

In § 30 No. 1. S. 2. wird unter anderem bestimmt, daß die nach der Zahlungseinstellung erfolgten Rechtshandlungen des Schuldners, die einem Konkursgläubiger Sicherung gewähren, unter gewissen Voraussetzungen anfechtbar sind. In § 30 No. 2. wird unter anderem gesagt, daß die nach der Zahlungseinstellung erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger Sicherung gewähren, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hat, unter erleichterten Voraussetzungen anfechtbar sind. Aus der Gegenüberstellung beider Bestimmungen folgt, daß unter § 30 K.O. No. 1 Satz 2 die Sicherungen fallen, auf deren Bestellung ein Anspruch besteht. Da nun No. 1 Satz 2 auch die Anfechtung solcher Sicherungen zuläßt,

[1]) Die Frage, ob man einen solchen „Rechtsanspruch“ der Gläubiger anerkennt oder nicht, hat nichts mit dem Zweck der Bestimmung zu tun, sondern kommt für den Grund der Bestimmung in Betracht.

[2]) Anders liegt der Fall bezüglich des Art. 29 W.O. Diesem Artikel gegenüber stellt sich § 30 nicht als Sondervorschrift da, da auch er für den speziellen Fall der Zahlungseinstellung Bestimmungen trifft. Insofern wäre also Hellmann, S. 316, zuzustimmen, wenn man nicht auch hier sich vor Augen halten müßte, daß die Entstehung des Anspruchs trotz der Möglichkeit der Anfechtung von Bedeutung ist.

kann die Anfechtbarkeit einer Sicherheitsleistung nicht deswegen bezweifelt werden, weil auf ihre Bestellung ein Anspruch besteht.[1])

Es ist also die Anfechtbarkeit der hypothekarischen Sicherstellung des eingebrachten Vermögens der Frau, lediglich von dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 30 K.O. abhängig.[2]) Ob diese bei den einzelnen Arten von Ansprüchen vorliegen, wird im folgenden untersucht werden.

Kapitel 4.

Liegt der Tatbestand des § 30 vor?

I. Der Herausgabeanspruch ist sichergestellt und der Anspruch auf Sicherheitsleistung ist nicht begründet.

Von diesen Arten der Ansprüche kommt wieder in erster Linie der Herausgabeanspruch in Betracht, und zwar gibt es hierbei wieder zwei Möglichkeiten. Wie nämlich oben ausgeführt worden ist, braucht die Zahlungseinstellung nicht immer den Anspruch auf Sicherheitsleistung zu begründen. Es ist deshalb die Frage der Anfechtbarkeit gesondert zu prüfen für den Fall, daß der Anspruch auf Sicherheitsleistung entstanden und für den, daß er nicht entstanden ist.

Über den letzten Fall, den einfacheren von beiden, ist folgendes zu bemerken:

Für ihn kommen überhaupt nicht in Betracht § 30 No. 1 Satz 2 und No. 2.; denn in beiden Bestimmungen ist die Rede von der Befriedigung oder Sicherstellung des Anspruchs eines „Konkursgläubigers". Wenn nun auch zur Zeit der

[1]) Ebenso u. a. Jäger, S. 271. Anm. 38; Petersen-Kleinfeller, S. 155, Anm. 20.

[2]) Ebenso Jäger, Anm. 22 zu § 32, S. 300 f.; Wolff, Anm. 7 zu § 32, S. 143; Sarwey-Bossert, Anm. 6 zu § 32, S. 171; Petersen-Kleinfeller, Anm. 10 zu § 32, S. 184 u. a. Ebenso Entsch. d. O.L.G. Dresden; Sächs. Arch. Bd. XI, S. 631. Auch Otto, S. 137, für den analogen Fall nach Sächs. B.G.B.; a. M. Hellmann, S. 341, 346.

Befriedigung oder Sicherstellung der Konkurs noch nicht eröffnet ist und die Bezeichnung „Konkursgläubiger“ also nicht ganz genau ist, so kann doch nicht zweifelhaft sein, was darunter verstanden werden soll. Es ist damit ein Gläubiger des Gemeinschuldners gemeint, der Konkursgläubiger wäre, wenn zur Zeit der Befriedigung oder Sicherstellung der Konkurs bereits eröffnet gewesen wäre. [1]) Welche Gläubiger aber „Konkursgläubiger“ sind, ergibt sich aus § 3 K.O. Hiernach werden so bezeichnet „alle persönlichen Gläubiger, welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben“. Es wird also verlangt ein obligatorischer Anspruch, dessen Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners erfolgen soll. [2]) In unserem Falle aber geht der Anspruch auf Herausgabe der zum Vermögen der Frau gehörenden Sachen. Hiergegen könnte man auch nicht einwenden, daß ja auch der Besitz der Sachen vielleicht einen Vermögenswert darstelle und daß der Anspruch auf Herausgabe also auch aus dem Vermögen des Mannes befriedigt würde; denn der Besitz als solcher gehört nicht zu dem zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger dienenden Vermögen. Nur das ist aber unter „Vermögen“ im Sinne des § 3 zu verstehen. Es kommt also nur § 30 No. 1 Satz 1 in Betracht.

Hiernach sind anfechtbar, „die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte, durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachteiligt werden, wenn dem anderen Teile zu der Zeit, als er das Geschäft einging, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war“. Da in der Aufgabe gesagt ist, daß die hypothekarische Sicherstellung erst nach der Zahlungseinstellung erfolgt ist, so ist das Erfordernis, daß die

[1]) Vgl. u. a. Jäger, S. 40, Anm. 7 zu § 3.

[2]) Fitting, S. 150; Otto, S. 120; Wilmowski, S. 150, No. 18; Jäger, S. 270; Petersen-Kleinfeller, S. 157; Wolff, S. 133; ähnlich Frohwann, S. 11.

Handlung erst nach der Zahlungseinstellung vorgenommen sein darf, erfüllt. Eine andere Voraussetzung der Anfechtbarkeit ist, daß die Handlung ein „Rechtsgeschäft" ist. Unter „Rechtsgeschäft" versteht die Konkursordnung dasselbe, was sonst unter „Rechtsgeschäft" verstanden wird.[1]) Der Begriff des Rechtsgeschäfts ist allerdings sehr bestritten, aber daß die Bestellung einer Hypothek ein Rechtsgeschäft ist, dürfte von niemanden bezweifelt werden. Bedenken kann auch nicht der Umstand erregen, daß die Entstehung einer Hypothek Einigung und Eintragung voraussetzt; denn einerseits erfolgt die Eintragung nur auf Antrag der Parteien, andererseits muß sie aber vorgenommen werden, wenn die Parteien es beantragen. Hieraus folgt, daß das Eintragen vollständig von dem Willen der Parteien abhängig ist. Wenn also die Hypothek durch Einigung und Eintragung entsteht, so entsteht sie nur deshalb, weil die Parteien es wollen. Die Bestellung einer Hypothek ist also eine „Privatwillenserklärung, die gerichtet ist auf Rechtsfolgen, die nach der Rechtsordnung deshalb eintreten, weil sie gewollt sind".[2])

Aber nicht alle Rechtsgeschäfte fallen unter § 30 No. 1 Satz 1; denn aus den Worten „dem anderen Teile zu der Zeit, als er das Geschäft einging" ergibt sich, daß nur zweiseitige Rechtsgeschäfte oder höchstens noch die Genehmigung einer vom Gemeinschuldner vorgenommenen Handlung von der Bestimmung getroffen werden. Dieser Umstand ist aber für den vorliegenden Fall ohne Bedeutung, insbesondere braucht die Streitfrage nicht erörtert zu werden, ob außer den Verträgen noch andere Rechtsgeschäfte (siehe oben Genehmigung) der Anfechtung unterliegen, da zur Hypothekbestellung eine übereinstimmende Willenserklärung der Parteien (§ 873 B.G.B.) erforderlich ist.

---

[1]) Wenn trotzdem eine Anzahl von Rechtsgeschäften nicht unter § 30, No. 1, Satz 1 K.O. fallen, so liegt das nicht daran, daß unter „Rechtsgeschäft" etwas anderes verstanden wird als sonst, sondern an anderen, unten zu erörternden Umständen.

[2]) Jäger, Anm. 24 zu § 30, S. 266; Meyer, S. 66, u. a.

Zu den Rechtsgeschäften, die ferner nicht unter § 30 No. 1 K.O. fallen, sollen nach der Ansicht einer Reihe von Schriftstellern[1]) die Deckungsgeschäfte, d. h. alle Deckungsgeschäfte gehören. Unter Deckungsgeschäften versteht man die Befriedigung oder Sicherstellung von Ansprüchen.[2]) Diese Meinung wird damit begründet, daß diese Geschäfte in No. 1 Satz 2 und No. 2 ihre besondere Regelung erfahren haben. Wäre die Ansicht richtig, so würde in unserm Falle, bei der Sicherstellung des Herausgabeanspruches, die Anfechtbarkeit überhaupt ausgeschlossen sein, denn, wie oben gezeigt, ist auch die Anfechtung auf Grund von No. 1 Satz 2 und von No. 2 nicht möglich. Der Meinung, nach der alle Deckungsgeschäfte von der Anfechtbarkeit auf Grund der No. 1 Satz 1 ausgeschlossen sind, kann aber aus folgenden Gründen nicht zugestimmt werden.

Wenn ein Rechtssatz auf einen Fall deswegen nicht angewandt werden soll, weil der Fall durch einen anderen Rechtssatz „besonders geregelt" ist, so muß die Absicht, daß dies geschehen soll, erkennbar sein. Ganz besonders deutlich ist diese Absicht ausgedrückt im Falle der lex specialis. Von ihr spricht man, wenn zwei Bestimmungen sich zueinander so verhalten, daß für alle Fälle, für die die eine Bestimmung in Betracht kommt, dem Wortlaut nach gleichzeitig auf die andere, die lex generalis, von Bedeutung ist.[3]) Das Geltungsgebiete der Rechtssätze läßt sich also dann durch zwei Kreise darstellen, von denen der eine innerhalb des anderen liegt. Hier ist die Absicht, daß für die Fälle, für die die lex specialis in Betracht kommt, nur diese angewandt werden soll, leicht erkennbar; denn

[1]) Wilmowski, S. 150, No. 16; Petersen-Kleinfeller, S. 151, Anm. 14; Wolff, S. 133, 5, nimmt nur für sämtliche Sicherungen eine besondere Regelung an. Vgl. aber andererseits S. 134, I. Abs., letzter Satz.

[2]) Ebenso Jäger, S. 267; andere Terminologie bei Ottenheimer, S. 1, Anm. 2.

[3]) Vgl. Liszt, S. 241 (Fall der Spezialität).

die Aufstellung einer besonderen Bestimmung hätte keinen Sinn gehabt, wenn man nicht dadurch die Absicht hätte zum Ausdruck bringen wollen, für die Fälle der lex specialis solle die lex generalis nicht zur Anwendung kommen. Die „Besondere Regelung" kann aber auch in anderer Weise als durch eine lex specialis erfolgen und zwar kann die Absicht, daß für einen Tatbestand, der dem Wortlaut nach unter zwei Rechtssätze fällt[1]), nicht der eine, sondern nur der andere Rechtssatz in Betracht kommen soll, auf alle möglichen Arten ausgedrückt werden. Immer aber ist es notwendig, daß sich aus den Bestimmungen die Absicht der besonderen Regelung durch eine von ihnen entnehmen läßt. Ist nun in unserem Falle die Absicht erkennbar, alle Deckungsgeschäfte besonders zu regeln? Aus dem Gesetze selbst geht das jedenfalls nicht hervor, denn dieses spricht in No. 1 Satz 2 und No. 2 nur von der Befriedigung oder Sicherstellung eines Konkursgläubigers, sei es nun, daß dieser darauf Anspruch hat oder nicht, nicht aber von der Deckung anderer Ansprüche. Ob die Deckungsgeschäfte gegenüber Konkursgläubigern wirklich in No. 1 Satz 2 und No. 2 mit der oben erwähnten Absicht und Wirkung „besonders geregelt" sind, ist an dieser Stelle nicht zu untersuchen.

Aber auch aus der Entstehungsgeschichte von No. 1 Satz 2 und No. 2 ergibt sich, daß man nur die „Leistungen an einem Konkursgläubiger" ihrer Häufigkeit und Wichtigkeit wegen besonders regeln wollte.[2])

Endlich würde auch eine Interpretation, die annimmt, daß alle Deckungsgeschäfte besonders geregelt sind und demnach die Sicherstellung eines Herausgabeanspruchs der Anfechtung entzieht, mit dem Zweck des § 30 unvereinbar sein, denn es ist nicht einzusehen, warum eine Deckung, die einem Konkursgläubiger gewährt wird, anfechtbar sein soll, während eine die Konkursgläubiger ebenfalls schädi-

[1]) Hier läßt sich dann das Geltungsgebiet der Bestimmungen vergleichen mit zwei sich schneidenden Kreisen.

[2]) Vgl. Mot. S. 119. Ebenso Sarwey-Bossert, S. 155.

gende Sicherstellung eines Herausgabeanspruchs der Anfechtung entzogen sein soll. In beiden Fällen wird in gleicher Weise gegen den Grundsatz von der Gebundenheit des schuldnerischen Vermögens vom Augenblick der Zahlungseinstellung, resp. des Eröffnungsantrages an, verstoßen.

Von Seuffert[1]) wird gegen die Anfechtbarkeit von Erfüllungen oder rechtsgeschäftlichen Sicherstellungen auf Grund von No. 1 Satz 1 noch angeführt, es verstoße gegen den Sprachgebrauch, solche Geschäfte als „eingegangene" Rechtsgeschäfte zu bezeichnen. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß man zwar gewöhnlich von eingegangenen Verbindlichkeiten oder eingegangenen Verpflichtungen spricht, damit ist aber noch nicht gesagt, daß man das Wort „Eingehen" nur bei Verpflichtungsgeschäften gebraucht. Es dürfte auch ein Verfügungsgeschäft des Gemeinschuldners als ein von ihm eingegangenes Rechtsgeschäft bezeichnet werden können.[2])

Daß man aber auch solche Geschäfte damit bezeichnen wollte, geht aus den Motiven (S. 119) klar hervor, denn hier ist gesagt, daß die „Leistungen an Konkursgläubiger" noch „besonders hervorgehoben" sind. Hieraus folgt, daß sie ohne diese besondere Hervorhebung unter die eingegangenen Rechtsgeschäfte gefallen wären. Die Bestellung einer Hypothek gehört also zu den in No. 1 Satz 1 erwähnten Rechtsgeschäften.

Eine fernere Voraussetzung der Anfechtbarkeit ist, daß durch die „Eingehung" des Rechtsgeschäfts „die Konkursgläubiger benachteiligt" worden sind. Es wird also zunächst verlangt, daß die Konkursgläubiger durch die Vornahme des Rechtsgeschäfts einen Schaden erlitten haben und zwar zeigt sich der Schaden darin, daß die Konkursgläubiger eine geringere oder gar keine Quote erhalten.[3])

[1]) S. 207.

[2]) Ebenso Hellmann, S. 310 ff.

[3]) Ebenso Otto, S. 139.

Das geschieht aber dann, wenn der Wert, der bei einem sofortigen Verkaufe der Konkursmasse sich ergeben würde, gemindert wird. Wenn nun der Gemeinschuldner seine Grundstücke mit Hypotheken belastet, so mindert er den Wert der Konkursmasse,[1]) denn die Grundstücke gehören zur Konkursmasse, und wenn er sie verpfändet, mindert er den Erlös, den der Konkursverwalter bei der Verwertung der Grundstücke erhält. Hiergegen kann man auch nicht einwenden, daß es sich nur um eine Sicherstellung handelt, und die Grundstücke darum nicht zur Befriedigung verwendet werden, wenn der Anspruch erfüllt wird, denn gerade die Möglichkeit, sich aus dem Grundstück zu befriedigen, repräsentiert einen Vermögenswert, um den die Konkursgläubiger geschädigt werden. Regelmäßig wird also eine Hypothekenbestellung eine Benachteiligung der Konkursgläubiger bedeuten, notwendig ist das aber nicht. Wenn z. B. der Gemeinschuldner an einem bereits bis zur Höhe seines Wertes belasteten Grundstücks eine Hypothek bestellt, so werden die Konkursgläubiger nicht benachteiligt. Denn das Grundstück war schon vor der Belastung wertlos, sie erhalten also durch Bestellung der Hypothek keine kleinere Quote.[2]) Ebenso ist es, wenn an einem Grundstück, das aus irgend einem Grunde nicht veräußert werden kann, eine Hypothek bestellt wird. Auch hier werden die Konkursgläubiger nicht benachteiligt. Hierher gehört ferner der Fall, daß die Konkursmasse trotz der Hypothekenbestellung noch zur Befriedigung aller Konkursgläubiger ausreicht.[3]) Wird allerdings durch die Hypothekenbestellung die Befriedigung der Gläubiger auch nur verzögert, etwa weil anderenfalls die zur Befriedigung aller Gläubiger erforderliche Summe schneller beschafft worden wäre, so liegt auch hier eine Benachteiligung vor.[4])

[1]) Ebenso Korn, S. 46 u. 198.

[2]) Ebenso R.G., Bd. 21, S. 49; Bd. 39, S. 92.

[3]) Ebenso Silbermann, S. 7/8; Endemann, S. 235 ff.; Ottenheimer, S. 70.

[4]) Ebenso Otto, S. 141.

Ob also eine Hypothekbestellung die Konkursgläubiger benachteiligt oder nicht, kann nur durch Prüfung eines jeden einzelnen Falles entschieden werden.

Daß aber die Konkursgläubiger benachteiligt worden sind, genügt noch nicht, die Benachteiligung muß durch die „Eingehung" des Rechtsgeschäfts erfolgt sein. Diese Benachteiligung durch Eingehung des Rechtsgeschäfts steht, wie sich aus den Motiven (S. 119) ergibt, im Gegensatz zu einer Benachteiligung, die zwar auch durch ein Rechtsgeschäft des Gemeinschuldners herbeigeführt wird, die aber nicht sofort bei dem Abschluß des Geschäfts, sondern erst später eintritt (z. B. zufälliger Untergang einer für einen angemessenen Preis gekauften Sache). Es muß also das Rechtsgeschäft „bereits zur Zeit der Vornahme den Gläubigern nachteilig gewesen sein".[1]) Das ist aber bei der Benachteiligung durch Bestellung einer Hypothek im allgemeinen der Fall, denn gleichzeitig mit der Bestellung der Hypothek wird der Wert des Grundstücks gemindert. Es lassen sich aber auch bei der Hypothekbestellung Fälle denken, bei denen die Benachteiligung erst später eintritt. Wenn z. B. ein bis zur Höhe des Wertes belastetes Grundstück nach der Zahlungseinstellung belastet wird, so sind die Konkursgläubiger jedenfalls, wie oben gezeigt, nicht durch Eingehung des Rechtsgeschäfts benachteiligt. Wenn aber später eine der ersten Hypotheken wegfällt und die übrigen nachrücken, so kann jetzt sehr wohl eine Benachteiligung der Konkursgläubiger durch die Hypothekbestellung eintreten. In solchen Fällen wäre eine Anfechtung ausgeschlossen, da ja in No. 1 Satz 1 eine Benachteiligung durch Eingehung des Rechtsgeschäfts gefordert wird.

Die letzte Voraussetzung der Anfechtbarkeit der Hypothekbestellung auf Grund von No. 1 Satz 1 ist, daß dem Vertragsgegner des Gemeinschuldners zur Zeit, als er das

[1]) Motive, S. 118; Sydow-Busch, Anm. 5, § 30, S. 118; Sarwey-Bossert, S. 154.

Geschäft einging, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war.[1]) In unserer Aufgabe ist über die Kenntnis der Ehefrau nichts gesagt. Man muß daher unterscheiden zwischen den Fällen, in den sie diese Kenntnis besaß und denen, in welchen sie sie nicht besaß. Bei jenen ist die Anfechtung unter den oben erwähnten Einschränkungen möglich, bei den anderen nicht. Um aber feststellen zu können, ob ein Fall zu dieser oder jener Art gehört, ob also die Hypothekbestellung anfechtbar ist oder nicht, ist es notwendig zu prüfen, in welchem Augenblick die Kenntnis erforderlich ist. In No. 1 Satz 1 heißt es, daß die Kenntnis „zur Zeit, als der andere Teil das Geschäft einging", erforderlich und genügend ist. Sie muß also bereits vorhanden sein, wenn man das Geschäft noch eingeht, d. h. sie muß vorhanden sein, bevor das Rechtsgeschäft beendet ist. Wann ist aber die Hypothekbestellung beendet? Zweifellos erst mit der Eintragung, bei der Briefhypothek sogar erst mit der Aushändigung des Briefes, (wenn nicht etwa ausnahmsweise der Eintragung die Einigung nachfolgt, denn dann ist sie erst mit der Einigung beendet). Die Folge hiervon wäre, daß die Kenntnis zur Zeit der Eintragung genügen würde, um die Anfechtung zu ermöglichen.[2]) Gegen diese Ausführungen könnte man jedoch vielleicht einwenden, daß die Eintragung nicht mehr zu dem anzufechtenden Rechtsgeschäft gehöre. Die Kenntnis, die erst zur Zeit der Eintragung vorhanden ist, begründe also nicht die Anfechtbarkeit, da ja dann das Rechtsgeschäft schon beendet sei. Man könnte vielleicht sagen, die Eintragung sei nur die „Wirkung"[3]) des anzufechtenden Rechtsgeschäfts. Demgegenüber weist aber Jäger[4]) mit Recht darauf hin, daß „die Eintragungstätigkeit des Grund-

[1]) Grützmann, S. 173, verlangt sogar, daß Kenntnis davon vorhanden war, daß „die Konkursgläubiger durch die Eingehung benachteiligt werden".

[2]) Ebenso Jäger, Anm. 19 zu § 30.

[3]) Cosack, S. 103.

[4]) Anm. 19 zu § 30.

buchamtes keineswegs eine von selbst eintretende Folge der Einigung, sondern vom Willen der Partei getragen, von dieser beabsichtigt und veranlaßt ist und somit erst als Vollendung des benachteiligenden Rechtsgeschäfts erscheint".[1]) Hieraus folgt, in welchem Zeitpunkt die Ehefrau Kenntnis von der Zahlungseinstellung, resp. dem Eröffnungsantrage gehabt haben muß, wenn die Hypothekenbestellung anfechtbar sein soll.

Da also alle von No. 1 Satz 1 aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind, ergibt sich, daß die Sicherstellung des Herausgabeanspruchs für den Fall, daß kein Anspruch nach § 1391 B.G.B. besteht, der Anfechtung auf Grund von No. 1 Satz 1 unterliegt.[2])

---

[1]) Ebenso Jäger, Anfechtungsgesetz. S. 85; Sydow-Busch. S. 120; Cosack, S. 179; R.G. Bd. 9, S. 69; Gruchot, Bd. 38, S. 1200; J.W. 1894, S. 316, No. 14; J.W. 1896, S. 150, No. 24; J.W. 1898, S. 52 ff.; R.G. Bd. 51, S. 284; a. M. Wilmowski, Anm. 13 zu § 30; Petersen-Kleinfeller, S. 151.

[2]) In den Motiven S. 118 ist schließlich noch auf ein Bedenken hingewiesen, das auch für die Hypothekenbestellung in Betracht kommt. Es ist dort die Frage aufgeworfen, ob die Anfechtung dadurch ausgeschlossen wird, daß der Erwerber auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs vertraut. Die Motive sehen in der Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners eine Verfügungsbeschränkung und fragen nun, ob der Erwerber, der diese Verfügungsbeschränkung nicht aus dem Grundbuch ersehen kann, sie gegen sich gelten lassen muß. Dieses Bedenken gegen die Anfechtbarkeit ist aber unbegründet. Denn erstens läßt sich eine Verfügungsbeschränkung nur so konstruieren, daß man eine Verpflichtung des Gemeinschuldners gegenüber den Konkursgläubigern über sein Vermögen nicht zu verfügen, also einen „Konkursanspruch" annimmt. Auf diesem Standpunkt stehen die Motive. Er ist aber heute allgemein aufgegeben. Aber selbst wenn man eine Verfügungsbeschränkung annimmt, ist die Anfechtung möglich, wenn nur die Erfordernisse von No. 1 Satz 1 erfüllt sind. Denn hatte er die Kenntnis von der Zahlungseinstellung, so kannte er auch die Verfügungsbeschränkung; wenn das aber der Fall war, kann er sich nach § 892 B.G.B. („oder dem Erwerber bekannt ist") auf seinen guten Glauben nicht berufen.

Der Herausgabeanspruch ist sichergestellt und der Anspruch auf Sicherheitsleistung ist begründet.

Es ist jetzt der Fall zu behandeln, daß der Frau ein Anspruch auf Sicherung des Herausgabeanspruchs nach § 1391 zusteht und vom Manne zwecks Befriedigung dieses Anspruchs eine Hypothek bestellt worden ist. Es scheidet hier nicht wie im vorigen Falle No. 1 Satz 2 von vornherein aus, sondern diese Bestimmung kommt hier vielmehr in erster Linie in Betracht.

Nicht in Frage kommt allerdings auch hier No. 2. Denn die Hypothekbestellung stellt sich dar als eine Erfüllung, die erfolgt, wie sie geschuldet war, und nicht als eine Befriedigung, die die Frau nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit verlangen konnte. Hiergegen kommt auch nicht der Einwand in Betracht, die Frau könne ja nur schlechthin Sicherstellung beanspruchen, nicht aber speziell die Hypothekbestellung; diese sei also eine Befriedigung, wie sie „in der Art nicht verlangt" werden konnte. Denn werden mehrere Leistungen geschuldet (B.G.B. § 262), so bildet jede eine Befriedigung, wie sie „beansprucht" werden konnte.[1]) Das geht deutlich aus den Motiven hervor. Aus ihnen ergibt sich, daß durch No. 2 nur eine besondere Begünstigung eines Gläubigers durch Gewährung von Vorteilen, die er nicht verlangen konnte, getroffen werden soll. In unserem Falle wird aber der Frau eine solche besondere Begünstigung gar nicht zuteil, denn eine Sicherstellung mußte ihr ja in jedem Falle gewährt werden.

Es ist deshalb nicht zu untersuchen, ob die Voraussetzungen von No. 2, sondern ob die von No. 1 Satz 2 vorliegen.

Hiernach sind anfechtbar „die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren, wenn dem Gläubiger zu der Zeit, als die Handlung erfolgte, die Zahlungseinstellung

[1]) Ebenso Jäger, Anm. 45 zu § 30, S. 273; Menzel, S. 198, S. 122 ff.

oder der Eröffnungsantrag bekannt war". Es wird also verlangt, daß eine Rechtshandlung vorgenommen wurde. Wie oben gezeigt, fällt eine Hypothekbestellung unter den Begriff „Rechtsgeschäft". „Rechtshandlung" nun ist der dem „Rechtsgeschäft" übergeordnete Begriff. Das folgt einmal daraus, daß man unter „Rechtshandlung" jede Handlung versteht, die rechtliche Wirkung hat, während mit „Rechtsgeschäft" nur eine solche Handlung bezeichnet wird, deren rechtliche Wirkung eintritt, weil sie gewollt ist. Ferner aber ergibt es sich aus der Entstehungsgeschichte des Textes der Bestimmung. Durch die Beschlüsse der Reichstagskommission wurden nämlich die Worte „von ihm vorgenommene Leistungen" durch die Worte „Rechtshandlungen, die Befriedigung oder Sicherung gewähren", ersetzt, weil man mit dieser Bestimmung auch solche Befriedigungen oder Sicherstellungen, bei denen der Gemeinschuldner nicht mitwirkte, treffen wollte.[1]) Hieraus folgt, daß die Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners, die Befriedigung oder Sicherung gewähren (Leistungen), jedenfalls zu den Rechtshandlungen, die Befriedigung[2]) oder Sicherung gewähren, gehören. Da nun die Hypothekbestellung zu jenen Rechtsgeschäften gehört, ist sie auch zu den Rechtshandlungen zu zählen.

Ferner wird verlangt, daß einem „Konkursgläubiger" Befriedigung oder Sicherung gewährt wird. Wie oben festgestellt worden ist, ist damit gemeint, daß der Gläubiger

[1]) Vgl. Prot. der Reichstags-Komm. 1876, S. 20/21. Ebenso Millmann, S. 139; Endemann, S. 333, 242, 245; Cosack, S. 46, 168, 180; Jäger, Anfechtungsgesetz, S. 74, 80; Menzel, S. 67 ff.; Hartmann, S. 16; Frohwann, S. 4, 12 ff.; Ottenheimer, S. 64, und die Kommentare; a. M. Korn, S. 47. Er nimmt an, daß die Ausdrücke Rechtshandlung und Rechtsgeschäft gleiche Bedeutung haben. Ebenso wie Korn Otto, S. 18.

[2]) Befriedigung ist nicht dasselbe wie Zahlung, sondern die Erfüllung eines jeden Anspruchs, nicht nur eines Geldanspruchs, wird als Befriedigung bezeichnet. Vgl. Kohler, S. 242; Otto, S. 121; Hullmann, S. 142, No. 11; Sydow-Busch, Anm. 12 zu § 30; Frohwann, S. 27; a. M. anscheinend Meyer, S. 68.

zur Zeit der Deckung einen persönlichen Anspruch haben muß, der aus dem Vermögen des Gemeinschuldners zu befriedigen ist. Auch diesem Erfordernis wird genügt, denn der mit der Zahlungseinstellung entstandene Anspruch der Frau aus § 1391 ist ein persönlicher, und er wird dadurch befriedigt, daß an Vermögensgegenständen des Mannes Pfandrechte zur Entstehung kommen, das Vermögen des Mannes also gemindert wird. Der Anspruch auf Sicherheitsleistung ist also der Anspruch eines Konkursgläubigers.[1]) Bezüglich der Kenntnis des Gläubigers zur Zeit als die Handlung erfolgte, gilt dasselbe, was von der Kenntnis „des anderen Teils, zur Zeit als er das Rechtsgeschäft einging" gesagt wurde. Auch hier ist die Handlung der Hypothekbestellung mit der Eintragung resp. Briefübergabe vollendet. Wenn zu dieser Zeit die Frau Kenntnis von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage hatte, ist die Bestellung anfechtbar, sonst nicht.

Daß auch bei der Anfechtung auf Grund von No. 1 Satz 2 eine Benachteiligung der Konkursgläubiger vorliegen muß, folgt aus dem Zweck der Anfechtung; denn dieses Recht ist nur gewährt, um eine Benachteiligung der Konkursgläubiger zu verhindern.[2]) Im Gegensatz zu No. 1 Satz 1 wird aber hier nicht verlangt, daß die Benachteiligung bereits bei der Eingehung des Rechtsgeschäfts erfolgt, sondern es genügt auch eine später eintretende Schädigung. In unserem Falle nun liegt eine solche Schädigung der Konkursgläubiger vor; denn es ist zwar durch die Tilgung des Anspruchs auf Sicherheitsleistung die Zahl der bei der Verteilung zu berücksichtigenden Forderungen vermindert und so gleichzeitig eine Begünstigung der Konkursgläubiger herbeigeführt worden, diese sind aber

[1]) Im Konkurse müßte er nach § 69 kapitalisiert werden.

[2]) Ebenso Korn, S. 169; Hellmann, S. 316; Fitting, S. 137; Sydow-Busch, Anm. 10 zu § 30; Stiebeling, S. 1; Jäger, S. 268; Rintelen, S. 157; Meikel, Bl. f. Rechtsanwendg. 1905, S. 379, u. a. R.G. Bd. XIV, S. 313; Bd. 33, S. 122; Bd. 36, S. 163; Bd. 48, S. 151; Bd. 51, S. 45; Bd. 52, S. 229; J.W. 99, S. 514, No. 28.

trotzdem geschädigt, denn der Anspruch wäre bei der Verteilung nicht voll berücksichtigt worden. Die Benachteiligung ist also so groß wie der Wertunterschied zwischen der vollen Befriedigung und der anteilsweisen, die im Konkurse stattgefunden hätte. Wären, was ja nicht undenkbar ist, allerdings auch die Ansprüche im Konkurse voll befriedigt worden, so wäre die Rechtshandlung der Anfechtung entzogen. Ebenso sind es die anderen Fälle, bei denen eine Benachteiligung nicht eintritt, also z. B. die Bestellung einer Hypothek an einem bereits bis zur Höhe seines Wertes belasteten oder an einem nicht veräußerlichen Grundstück (s. oben). Dagegen ist zwar nicht auf Grund von No. 1 Satz 1, wohl aber auf Grund von No. 1 Satz 2 die Anfechtung möglich, wenn eine Hypothekbestellung an einem bis zur Höhe seines Wertes belasteten Grundstücks erfolgte, und dann eine der ersten Hypotheken weggefallen ist, so daß eine Benachteiligung der Konkursgläubiger eintrat. Denn es wird hier ja nicht verlangt, daß die Benachteiligung bereits bei der Eingehung des Rechtsgeschäfts erfolgt ist.

Die Hypothekbestellung, die zum Zwecke der Befriedigung des Anspruchs auf Sicherheitsleistung wegen Gefährdung des Herausgabeanspruchs erfolgt, ist also auf Grund von No. 1 Satz 2 anfechtbar.

Ist eine solche Hypothekbestellung nun auch auf Grund von No. 1 Satz 1 anfechtbar? Von einigen Schriftstellern[1]) wird ausgeführt, daß sich No. 1 Satz 2 gegenüber No. 1 Satz 1 als lex specialis darstelle und daß demgemäß eine Anfechtung der zu Satz 2 gehörenden Fälle nach Satz 1 ausgeschlossen sei. Der Ansicht, daß Satz 2 gegenüber Satz 1 die lex specialis sei, kann nicht beigetreten werden; denn dazu wäre notwendig, daß alle Fälle von Satz 2 dem Wortlaute nach auch unter Satz 1 fielen (siehe oben S. 22 ff.). Das ist aber hier nicht der Fall. Denn Satz 2 erklärt für anfechtbar alle Rechtshandlungen, die Befriedi-

[1]) Vgl. z. B. Silbermann, S. 34.

gung oder Sicherstellung gewähren. Also fallen unter Satz 2 nicht nur vom Gemeinschuldner vorgenommene Rechtshandlungen, sondern auch ohne seine Mitwirkung erfolgte Deckungsgeschäfte. Ferner sind nach Satz 1 nur solche Rechtsgeschäfte anfechtbar, deren Eingehung für die Konkursgläubiger nachteilig ist, während Satz 2 auch solche Rechtshandlungen für anfechtbar erklärt, bei denen die Benachteiligung erst später eingetreten ist. Das Geltungsgebiet von Satz 1 und Satz 2 verhält sich also zueinander wie zwei sich schneidende Kreise. Daher kann von einer lex specialis nicht gesprochen werden. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die unter Satz 2 gehörenden Fälle nicht nach Satz 1 angefochten werden können; denn die Absicht, die Anwendbarkeit der einen Bestimmung auszuschließen, braucht ja, wie oben gezeigt, nicht immer durch Aufstellung einer lex specialis zum Ausdruck gebracht zu werden, sondern kann auch aus irgend einem andern Umstand hervorgehen. Das ist auch hier der Fall. Aus der Entstehungsgeschichte das Satzes 2 geht hervor, daß man den Satz 1 auf die Fälle des Satzes 2 nicht anwenden wollte. In dem Entwurfe der K.O. standen nämlich, wie bereits erwähnt, die Worte „von ihm vorgenommene Leistungen". Wie sich aus der Begründung ergibt, wünschte man damit diese Leistungen „besonders zu regeln". Also der Anwendbarkeit des Satzes 1 zu entziehen. Als später für Leistungen „Rechtshandlungen" eingesetzt wurde, wollte man damit an dieser besonderen Regelung nichts ändern, sondern hatte nur die Absicht, Deckungsgeschäfte, bei denen der Gemeinschuldner nicht mitgewirkt hatte, durch diese Bestimmung ebenfalls zu treffen.[1])

Hieraus ergibt sich also, daß eine Befriedigung oder Sicherstellung eines Konkursgläubigers nicht gleichzeitig auf Grund des Satzes 1 angefochten werden kann. Es kann also die Befriedigung des Anspruchs auf Sicherheitsleistung nicht nach Satz 1 angefochten werden. Es ent-

[1]) Prot. S. 20 ff.

steht aber die Frage, ob nicht die Sicherstellung des Herausgabeanspruchs nach Satz 1 anfechtbar ist? Die Sicherstellung des Herausgabeanspruchs ist nicht besonders geregelt. Denn es ist ja nicht die Sicherstellung eines Konkursgläubigers. Diese Rechtsgeschäfte fallen also unter Satz 1. Nun ist aber nicht einzusehen, warum die Hypothekbestellung, die gleichzeitig Befriedigung eines Konkursanspruchs und Sicherstellung eines anderen Anspruchs ist, der Anfechtung nach Satz 1 auch als Sicherstellung entzogen sein soll, weil sie es als Befriedigung ist.

Daß aber die gleichzeitige Auffassung als Befriedigung und als Sicherstellung von § 30 K.O. direkt gefordert wird, ergibt sich aus folgender Erwägung: Hat ein Konkursgläubiger einen Anspruch auf Sicherheitsleistung, so ist die erfolgte Sicherstellung gleichzeitig Befriedigung eines Konkursanspruchs. Denn ein solcher ist, wie oben gezeigt, der Anspruch auf Sicherheitsleistung. Es hätte also genügt, wenn die K.O. die zu beanspruchende Befriedigung für anfechtbar erklärt hätte. Nichtsdestoweniger bestimmt sie ausdrücklich, daß diese Sicherstellung auch als zu beanspruchende Sicherstellung anfechtbar sein soll. Hieraus ergibt sich, daß die K.O. beide Auffassungen fordert.

Was nun die Anfechtbarkeit der zu beanspruchenden Hypothekbestellung nach Satz 1 anbetrifft, so gilt von ihr dasselbe, was oben über die Hypothekbestellung, die nicht beansprucht werden konnte, gesagt worden ist. Nur ist bezüglich der Benachteiligung der Konkursgläubiger zu bemerken, daß diese hier zum Teil dadurch ausgeglichen wird, daß der Anspruch auf Sicherheitsleistung wenigstens teilweise bei der Verteilung hätte berücksichtigt werden müssen. Es folgt hieraus weiter, daß bei einer vollkommenen Befriedigung der Konkursgläubiger im Konkurse eine Benachteiligung der Gläubiger und damit also die Anfechtung nicht möglich ist.

II. Liegt der Tatbestand des § 30 bei der Sicherstellung von Ersatzforderungen vor?

Außer dem Herausgabeanspruch können noch die Ersatzforderungen der Frau hypothekarisch gesichert werden. Bei der Frage nach der Anfechtbarkeit der für diese Forderungen bestellten Hypotheken ist zu unterscheiden zwischen denjenigen, die bei der Bestellung der Hypothek bereits entstanden waren, und denen, die es noch nicht waren. Bei den ersteren sind ferner zu trennen die, auf deren Bestellung ein Anspruch besteht, von denen, deren Sicherung erfolgt, ohne daß sie beansprucht werden kann.

Zu den letzteren gehören, wie oben gezeigt, alle Forderungen mit Ausnahme derer, die den Ersatz verbrauchbarer Sachen zum Gegenstande haben. Für die Anfechtbarkeit der für sie bestellten Hypotheken kommt zunächst No. 2 in Betracht.

Was die Voraussetzung von No. 2 anbetrifft, so haben wir gesehen, daß die Hypothekbestellung eine nach der Zahlungseinstellung vorgenommene „Rechtshandlung" ist. Ein weiteres Erfordernis ist, daß die Sicherung einem Konkursgläubiger gewährt wird, d. h. einem Gläubiger, der seinen Anspruch in einem zur Zeit der Deckung eröffneten Konkurse hätte geltend machen können. Es wird also verlangt, daß zur Zeit der Deckung bereits ein obligatorischer, aus dem Vermögen des Gemeinschuldners zu befriedigender Anspruch „begründet" war. (§ 3 [s. o.]) Auch diese Voraussetzung ist erfüllt. Denn die Ersatzforderung ist begründet, sobald der Gemeinschuldner die zum Ersatze verpflichtende Handlungen vorgenommen hat.[1]) Und sie ist ferner ein persönlicher Anspruch der Frau

[1]) In diesem Augenblick ist die Forderung entstanden, wenn auch ihre Geltendmachung erst nach Beendigung der Verwaltung und Nutznießung erfolgen kann (§ 1394). In unserem Falle also erst mit der Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses (§ 1417). Zur Zeit der Eröffnung kann daher die Forderung noch nicht geltend gemacht werden. Zu dem Begründetsein der Forderung (§ 3) genügt aber, daß sie entstanden ist. Vgl. Jäger, Anm. 10, § 3.

gegen den Mann, der aus dessen Vermögen zu befriedigen ist. Bezüglich der Benachteiligung der Konkursgläubiger gilt dasselbe, wie bei der Sicherstellung des Herausgabeanspruchs. Da die Frau außerdem die Sicherung nicht zu beanspruchen hatte, liegt der Tatbestand von No. 2 vor und die Anfechtung ist möglich, sofern nicht die Frau nachweist, daß ihr zur Zeit der Handlung — welcher Zeitpunkt hierfür in Betracht kommt, ist oben gezeigt — „weder die Zahlungseinstellung und der Eröffnungsantrag, noch eine Absicht des Gemeinschuldners, sie vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war".

Für die Anfechtung dieser Art von Ersatzforderungen kommt aber ferner auch No. 1 Satz 2 in Betracht. Denn No. 2 enthält nicht, wie man vielleicht annehmen könnte, gegenüber No. 1 Satz 2 eine „besondere Regelung" (s. oben) der Anfechtung von nicht zu beanspruchenden Deckungen. No. 2 ist gegenüber No. 1 Satz 2 nicht die lex specialis. Denn jene Bestimmung umfaßt auch die in den 10 Tagen vor der Zahlungseinstellung, resp. dem Eröffnungsantrage vorgenommenen Deckungsgeschäfte; und auch sonst ergibt sich weder aus dem Gesetze selbst, noch aus der Entstehungsgeschichte, noch auf andere Weise die Absicht einer besonderen Regelung. Man wird daher eine nach No. 2 anfechtbare Sicherstellung auch nach No. 1 Satz 2 anfechten können, wenn sie nur nach der Zahlungseinstellung, resp. dem Eröffnungsantrage vorgenommen ist. Sehr oft dürfte allerdings von diesem Recht nicht Gebrauch gemacht werden. Das steht aber der theoretischen Möglichkeit nicht entgegen.[1]) Hiergegen könnte auch nicht eingewandt werden die gleichzeitige Anwendung von No. 1 Satz 2 und No. 2 sei deshalb ausgeschlossen, weil in beiden Bestimmungen die Beweislast verschieden verteilt ist. Denn es handelt sich hier ja nicht um die gleichzeitige Durchführung der Anfechtung auf Grund von No. 1 Satz 2 und No. 2, sondern um die Frage, ob der Anfechtungsberechtigte

[1]) Ebenso Sarwey-Bossert, S. 157; Wilmowski, S. 152, No. 22; Petersen-Kleinfeller, S. 156. Anm. 21.

auch die Möglichkeit hat, wenn es ihm beliebt, sich anstatt auf No. 2 auf No. 1 Satz 2 zu stützen.

Bezüglich der Frage, ob die Voraussetzungen von No. 1 Satz 2 vorliegen, gilt das bei Prüfung der Anfechtbarkeit auf Grund von No. 2 Ausgeführte mit der Abweichung, daß hier der Konkursverwalter die Kenntnis zur Zeit der Handlung zu beweisen hat.

No. 1 Satz 1 kommt für die Anfechtung der Sicherung solcher Ersatzforderungen nicht in Betracht, da die Sicherstellung von Konkursforderungen, wie oben gezeigt, in No. 1 Satz 2 und No. 2 besonders geregelt ist.

Es sind ferner zu behandeln die Ersatzforderungen, auf deren Sicherstellung ein Anspruch besteht. Hierher gehören die Forderungen auf Ersatz des Wertes verbrauchbarer Sachen, da ja, wie oben gezeigt, die Zahlungseinstellung immer den Anspruch aus § 1391 begründet. Für die Anfechtbarkeit der zu ihrer Sicherung bestellten Hypotheken kommt No. 1 Satz 2 in Betracht. Bezüglich der Frage, ob die Voraussetzungen von No. 1 Satz 2 erfüllt sind, gilt dasselbe, wie von den bereits behandelten Ersatzforderungen.[1])

Aber es kann nicht nur für bereits entstandene, sondern auch für künftige Ersatzforderungen Sicherheit durch Hypothekbestellung geleistet werden. Es fragt sich, ob auch sie anfechtbar ist. Hierfür kommen jedenfalls No. 1, resp. No. 2 nicht in Betracht. Denn es handelt sich nicht um die Sicherung einer Konkursforderung. Wenn man auch mit Petersen-Kleinfeller Anm. 10 zu § 3 annimmt, daß die künftige Ersatzforderung zur Zeit der Hypothekbestellung eine aufschiebend bedingte ist und zwar bedingt durch eine sie zum Entstehen bringende Rechtshandlung des Gemeinschuldners, so könnte diese Forderung doch

[1]) Siehe jedoch eine Modifikation, zwar nicht bezüglich des Zeitpunkts der Geltendmachung des Anspruchs, wohl aber des Eintritts der Verpflichtung des Mannes in § 1377, Abs. 3, letzter Satz.

nicht in einem zur Zeit der Sicherung eröffneten Konkurse geltend gemacht werden. Zwar ist das im allgemeinen bei aufschiebend bedingten Forderungen möglich.[1]) Aber wenn eine Forderung durch eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners bedingt ist, kann sie am Konkursverfahren nicht teilnehmen. Das folgt aus § 7. Hiernach sind alle nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. Die Forderung kann also durch eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern nie zum Entstehen kommen. Daher kann sie als Konkursforderung nicht geltend gemacht werden.[2]) Die künftigen Ersatzforderungen hätten also am Konkurse nicht teilnehmen können, wenn im Zeitpunkt der Sicherung der Konkurs eröffnet worden wäre. Daher ist die Sicherung keinem „Konkursgläubiger" gewährt und weder No. 1 Satz 2 noch No. 2 kommen in Betracht. Es bleibt also nur No. 1 Satz 1 übrig. Hiernach ist aber die Anfechtung möglich, denn es gilt dasselbe, was bei der Anfechtbarkeit der Sicherstellung des Herausgabeanspruchs gesagt wurde.

III. Liegt der Tatbestand des § 30 bei der Sicherstellung der für die Übernahme des eingebrachten Vermögens entstandenen Forderung vor?

Endlich ist noch die Frage nach der Möglichkeit der Anfechtung für den Fall der Sicherstellung der für die Übernahme des eingebrachten Vermögens entstandenen Forderungen der Frau zu untersuchen. Hierfür kommt No. 1 Satz 2 in Betracht, denn es handelt sich auch hier, ebenso wie bei den bereits entstandenen Ersatzforderungen

[1]) Allerdings kann dann nicht Befriedigung, sondern nur Sicherstellung verlangt werden (§ 67).

[2]) Ebenso Motive, S. 279; Jäger, Anm. 10 zu § 3, S. 41; Wilmowski, Anm. 7 zu § 3; Sarwey-Bossert, Anm. 2, 2 zu § 3, u. a. Fitting, § 8, S. 74; Oetker, Bd. I, S. 156; Völderndorff, Anm. 3 zu § 67.

um die Sicherung eines „Konkursgläubigers". Die Forderung war bereits mit der Übernahme entstanden, wenn auch ihre Geltendmachung erst nach Eintritt der Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses erfolgen kann. Ferner kommt nicht No. 2 in Frage, weil ja die Zahlungseinstellung immer den Anspruch auf Sicherheitsleistung begründet. (Vgl. oben S. 13 f.) Was das Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen anbetrifft, so kann auf die Ausführungen bei den bereits entstandenen Ersatzforderungen verwiesen werden.

Kapitel 5.

Ergebnis.

Als Resultat ergibt sich also, daß grundsätzlich die Anfechtung der hypothekarischen Sicherstellung des eingebrachten Vermögens der Frau auf Grund des § 30 K.O. möglich ist. Die Ausnahmen sind oben erörtert worden bei den Ausführungen über die Benachteiligung der Konkursgläubiger und über die Kenntnis von der Zahlungseinstellung. Schließlich sei noch erwähnt, daß nach § 33 K.O. jede Anfechtung einer Rechtshandlung, die früher als 6 Monate vor Eröffnung des Verfahrens erfolgt ist, ausgeschlossen ist. Da nun die Hypothekbestellung, wie gezeigt, mit der Eintragung, resp. der Übergabe des Briefes „erfolgt" ist, kann die Sicherstellung nicht angefochten werden, wenn dieser Termin mehr als 6 Monate vor der Konkurseröffnung liegt. Die Zahlungseinstellung müßte dann natürlich noch weiter zurückliegen. Dieser Fall wird zwar sehr selten sein, doch ist er immherhin auch möglich.

Lebenslauf.

Am 21. November 1886 wurde ich in Breslau geboren. Ich bin preußischer Staatsangehöriger, jüdischen Glaubens und besuchte bis zu meiner Versetzung nach Prima, Michaelis 1903, das Maria-Magdalenen-Gymnasium zu Breslau. Von da an besuchte ich das Breslauer Johannes-Gymnasium, auf dem ich Michaelis 1905 die Reifeprüfung bestand. Sodann studierte ich in Breslau und München die Rechte und bestand am 30. November 1908 das Referendariatsexamen. Seit dem 16. Dezember 1908 bin ich dem Amtsgericht Jauer zur Ausbildung überwiesen.